



GUARDA DE FATO NO ÂMBITO DAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS: Um olhar sob a dignidade humana.

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão *

Elaine Cristina de Moraes Capelari**

RESUMO: O presente artigo abarca a família reconstituída, caracterizada pela união, seja pelo casamento ou união estável, onde um dos cônjuges ou ambos possuem filhos de um relacionamento anterior. Este modelo tem aumentado substancialmente no Brasil, desde a década de 70, com a facilitação por parte de legislador ao instituto do divórcio. E como consequência seus conflitos batem as portas do judiciário em busca de respostas a questões não enfrentadas pelo legislador, com ênfase para guarda exercida pelo padrasto e pela madrasta. Para tanto adotará o dedutivo com pesquisa doutrinária, revisão bibliográfica, e análise de como os tribunais têm decidido questões ante a lacuna legislativa.

Palavras-chave: Família; Família Reconstituída; Poder Familiar; Guarda; Guarda de Fato

THE GUARD OF FACT IN THE FRAME OF FAMILIES RECONSTITUTED: A look under human dignity

ABSTRAT: This article covers the reconstituted family, characterized by marriage, either by marriage or stable union, where one or both spouses have children from an earlier relationship. This model has increased substantially in Brazil since the 1970 with the facilitation by the legislature of the divorce institute. And as a consequence, their conflicts open the doors of the judiciary in search of answers to questions not faced by the legislator, with emphasis on guardianship by the stepfather and the stepmother. To do so, it will adopt the deductive with doctrinal research, bibliographic review, and analysis of how the courts have decided issues before the legislative gap.

Keywords: Family; Reconstituted Family; Family Power; Guard; Fact Guard

* Doutora em Direito das relações sociais pela UFPR - Universidade Federal do Paraná; mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001) e Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1977), proprietária - Escritório de Advocacia Cleide Fermentão e professora titular do Centro Universitário de Maringá. Graduação, especialização em direito civil, e no Programa de Pós-graduação stricto sensu - Mestrado - Membro do IAP - Instituto dos Advogados do Paraná, e do IBDFAM- Instituto brasileiro de direito de família. Advogada.

** Advogada. Graduação em Direito pela Faculdade Catuaí (2015), Pós-Graduada do Curso de Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (2016). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus (2016), Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2016), Mestranda em Direitos da Personalidade pela Unicesumar. elainecapelari@hotmail.com.



1 INTRODUÇÃO

Pretende-se com este artigo demonstrar como o modelo familiar reconstituído está inserido no cenário jurídico atual, e abordar a guarda de fato exercida pelo padrasto e pela madrasta em uma família reconstituída, analisar o respeito à dignidade humana e aos direitos da personalidade em referidas famílias, tendo como referencial normativo o princípio da igualdade e da afetividade.

A família reconstituída advém das famílias que se formam depois do divórcio, da cessação das uniões estáveis ou da viuvez, onde pelo menos um dos adultos do atual casal tem filho ou filhos de uma relação anterior. A diferença entre o modelo objeto da presente pesquisa e as famílias tidas como “tradicionais”, é que a família reconstituída implica na fusão de famílias com características e modos de interação diferentes, onde há grande possibilidade de desarmonia. Ante ao exposto, mostra-se evidente que os filhos deste tipo de relação vivenciam dificuldades com os limites e a quem deve dedicar a autoridade, uma vez que, estão migrando de um modelo tradicional ou monoparental para o modelo reconstituído. Para amenizar tais conflitos, faz-se necessário delimitar qual é o papel do padrasto e da madrasta em relação a guarda do filho de seu cônjuge ou companheiro.

O instituto da guarda é um direito e ao mesmo tempo um dever dos pais de terem os filhos sob seu zelo e responsabilidade, atentando-se para a alimentação, saúde, educação, moradia, enfim, tudo que se fizer necessário para o desenvolvimento saudável da prole. Sendo assim, torna-se relevante observar as espécies de guarda amparadas pela legislação pátria, e por fim analisar a guarda de fato e como seus efeitos repercutem no modelo familiar reconstituído, primando em atender os preceitos contidos no princípio da dignidade humana.

A guarda de fato exercida pelo padrasto ou pela madrasta se dá em um contexto familiar onde crianças e adolescentes estão sendo amadas, cuidadas e educadas por pessoas que não são seus genitores biológicos e tampouco possuem uma situação jurídica formal, mas que nutrem com estas crianças e adolescentes um forte vínculo de afeto. Afeto este que tem revolucionado o Direito de Família, e foi base para a recente decisão do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer não haver diferença entre a filiação socioafetiva e a filiação biológica, o que sinaliza um avanço na solução dos problemas da guarda de fato pelo padrasto ou madrasta, pois a criança que está cuidada tanto pelo genitor biológico quanto pelo padrasto ou



madrasta, tem a opção de somar a paternidade sem que uma exclua a outra, desde que reste configurado o estado de posse de filho.

A presente pesquisa é fruto de questionamentos diante dessa nova forma de relacionamento: A convivência com os filhos do padrasto ou madrasta dentro de um relacionamento familiar será reconhecido como irmãos? E haverá impedimentos para o casamento entre estes? O padrasto e a madrasta poderão reconhecer os enteados como filhos afetivos, na existência da posse do estado de filho? E se não houver afeto entre estes, como será a convivência?

2 OS MODELOS ATUAIS DE FAMÍLIA E A FAMÍLIA RECONSTITUÍDA.

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da responsabilização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. A tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar (DIAS, 2010, p. 43). A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado (DIAS, 2010, p. 43).

Os modelos familiares atuais têm se balizado no que preceituam os princípios constitucionais do Direito de Família, ou seja, os indivíduos que integram o núcleo familiar nutrem-se no afeto, e buscam a superação dos fatores de qualquer forma de discriminação. Qualquer que seja a família do futuro, as tendências previsíveis em suas características já estão presentes em grande maioria das famílias atuais (SEREJO, 2004, p. 23).

A Constituição Cidadã de 1988 trouxe em seu bojo ideais de igualdade, laicidade e democracia, esses projetos de igualdade acabaram por dar ensejo a igualdade entre marido e mulher, a igualdade entre filhos, o cuidado e proteção da pessoa dos filhos, as leis protetivas começaram a surgir, como Estatuto da Criança e do Adolescente, as leis da União Estável, o Código Civil de 2002, o Estatuto do Idoso, a lei Maria da Penha, entre outras (WELTER, 2009, p. 46). Essa legislação apontada, é fruto da verticalização dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988, e também, da horizontalização desses direitos nas relações entre os indivíduos.

Nessa seara de proteção aos ideais constitucionais, a jurisprudência tem consagrado o entendimento de que os tipos familiares mencionados no art. 226 da Constituição da



República consistem em um rol aberto (*numerus apertus*) (ROCHA, 2009, p. 35). Abarcando além da família matrimonial, a advinda da União Estável e a monoparental, que estão no texto legal, os demais arranjos presentes na sociedade contemporânea.

2.1 Famílias Reconstituídas

Dentre os diversos modelos de família existentes no contexto social hodierno, encontra-se a Família Reconstituída, valendo-se de diversos termos que buscam defini-la, como: Mosaico, Recompota, Pluriparental, Mista, Agrupada, Agregada, Reformada, Ensamblada (para a doutrina de língua espanhola), Famille Recomposée (para a doutrina francesa), Stepfamily ou Blendedfamily (pela doutrina americana), mas, seu conceito é de uma família originada da união, seja pelo casamento ou união estável, de um casal em que um deles ou ambos possuem filhos de relacionamento anterior. Surgem então as expressões *eu, você, os meus, os teus* e *os nossos* (GRISARD FILHO, 2010, p. 87-89).

Este tipo de família não é algo novo na sociedade, pois desde os primórdios ela contempla aqueles que no decorrer do casamento perderam seus cônjuges ficando assim viúvos, porém, há também aqueles que dissolvem seus casamentos, e que, posteriormente, voltam a reconstruir nova família. Tem se tornado expressivamente elevado o número de famílias reconstruídas no Brasil em decorrência da Lei do Divórcio publicada no ano de 1977 (BRASIL, Lei 6.515/97). Desde então, o legislador só ampliou as facilidades para aplicação deste instituto, inclusive por meio da Emenda Constitucional 66/2010, que instituiu a possibilidade do divórcio extrajudicial.

Diante de tal fenômeno social, deixa-se o cenário comumente aceito de família no seu sentido tradicional, pai, mãe e filhos, e se insere em um contexto complexo onde se tem pai, mãe, filhos, padrasto, madrasta, meio irmãos, etc..., gerando diversas questões ainda não reguladas pelo Direito de Família. Tais conflitos propostos perante o judiciário são dirimidos à luz dos princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da afetividade. Sendo assim, a família reconstituída, bem como os demais modelos da sociedade atual, está pautada na afetividade e nos laços de solidariedade entre pais e filhos e não apenas no vínculo sanguíneo ou jurídico existente entre seus integrantes.

Para Ronaldo Alves de Andrade, as relações estabelecidas entre padrasto e madrasta e seus enteados pode ser entendida como:



A partir da evolução da relação de parentesco por afinidade pode ser desenvolvida uma relação socioafetiva, muito mais intensa, muito mais prazerosa, pela qual padrastos e madrastas, enteados e enteadas, se auxiliam mutuamente, criando efetivo vínculo de filiação, emergindo daí uma filiação socioafetiva, pela qual padrasto e madrasta assumem papel de pai e mãe, respectivamente, e enteados e enteadas, o de filhos (*apud*, SIMÃO et al, 2010, p. 513).

Muito embora a afetividade que os une, e em muitos casos torne a relação padrasto, madrasta e enteado uma relação paterno-materno-filial, gerando o auxílio mútuo material e espiritual, o cuidado e educação dos filhos e a solidariedade, este modelo familiar apresenta características próprias e peculiares, distintas das famílias tidas como tradicionais. Ante a estas peculiaridades, cumpre destacar a guarda de fato exercida pelo padrasto ou a madrasta em relação aos enteados, analisando seus limites e consequências. Para tanto, faz-se necessário observar os princípios constitucionais que norteiam a aplicação e interpretação de todo direito de família, bem como, a deste instituto jurídico.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Pode-se perceber que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como foco os direitos do indivíduo e os direitos coletivos, a importância vital que os princípios assumem para o ordenamento jurídico torna-se cada vez mais evidente, sobretudo se lhes forem examinados a função e a presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio (BONAVIDES *apud* TERCOTI, 2011, p. 14).

A constitucionalização dos principais institutos do Direito de família assinala a importância que a matéria representa na estrutura jurídica pátria. Significa ainda a sensibilidade que o constituinte teve ao perceber os anseios da sociedade, a evolução das relações sociais e o próprio dinamismo das relações familiares (SEREJO, 2004, p. 22). Ante ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil exigiu-se do operador do direito uma interpretação diferenciada das relações jurídicas entre os particulares, migrando de uma tutela voltada ao patrimônio para a tutela do indivíduo como pessoa. Os valores que hoje compõem os direitos fundamentais dos cidadãos e as relações familiares estão expressos em princípios jurídicos em sede constitucional.



Em primeiro lugar deve-se abordar o princípio da dignidade humana, um sobre princípio, positivado na Constituição Federal, art. 1º, III, de forma que todos os princípios que se concretizem na dignidade da pessoa humana constituem direitos fundamentais (PEREIRA, 2012, p. 54). Esse efeito da verticalização dos princípios constitucionais para a legislação infraconstitucional, e por consequência a horizontalização desses valores nas relações particulares, dão sustentação na defesa dos direitos da personalidade.

O núcleo base da dignidade humana é expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, e, as coisas tem preço, e a pessoa humana tem dignidade. Conforme ensina Luís Alberto Barroso:

[...] a conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os serem humanos não têm preço nem podem ser submetidos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome dignidade (2014, p. 72).

Considerando o homem um fim em si mesmo, e reconhecido a sua dignidade, têm-se que estas premissas são norteadoras do direito pátrio, sejam de forma explícitas ou implícitas, balizam a atuação do Estado. Como assevera Zulmar Fachin:

A dignidade da pessoa humana é o valor fundante do Estado brasileiro (art. 1º, inciso III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso e implícito, em todas as partes da Constituição. Um exemplo bastante claro pode ser encontrado no campo do Direito de Família: o planejamento familiar, livre decisão do casal, deve estar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 226, §7º).

Trata-se de um valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro. Não por acaso, está localizado no pórtico da Constituição, evidenciando desde logo, o conteúdo axiológico que a permeia (2013, p. 203).

O princípio da dignidade humana garante ao Direito de Família base constitucional para proteção e garantia de direitos aos mais variados arranjos familiares e aos efeitos irradiados aos demais institutos jurídicos de família.

Outro princípio de total relevância é a igualdade, um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito. E falar em igualdade sempre lembra a célebre frase de Rui Barbosa: tratar as iguais com desigualdade ou as desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade (DIAS, 2010, p. 43). Para Aristóteles, os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente.



O princípio da igualdade possui diversas aplicações na seara do Direito, no entanto, para o Direito de Família é importante destacar a igualdade entre homens e mulheres -e a igualdade entre filhos. No que tange a igualdade entre homens e mulheres, entre marido e mulher, conviventes, e entre os filhos. Têm-se um avanço na esfera do Direito de Família, pois a mulher deixou de estar submetida ao jugo masculino, primando por posições igualitárias livres de qualquer tipo de discriminação, e os filhos até então discriminados, como o natural e o adotivo em relação ao legítimo, também passaram a ser tratados igualmente.

No que tange ao princípio da afetividade, os integrantes do *óikos* familiar, tendem a buscar a harmonia nas relações entre seus membros, embasando-as no amor e respeito. Esse amálgama dos laços familiares é representado pela afetividade, essa razão não vem de nenhuma estrutura legislativa codificada. De fato, o Direito não detém a alçada de criar a afetividade, pois os sentimentos são características naturais e não decorrem de legislações, mas sim do convívio diário, pautado no respeito, no diálogo e na compreensão (OLIVEIRA, 2002, p. 233). É preciso deixar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares (TARTUCE, 2012, p. 28-29).

Como contribuição do princípio da afetividade ao Direito de Família cumpre destacar o reconhecimento da União Homoafetiva, hodiernamente aceita como entidade familiar¹. Outra consequência a ser pontuada é a admissão de reparação por danos como resultado do abandono afetivo, admitindo-se a reparação civil neste caso.² E, uma última contribuição a ser abarcada é o reconhecimento da paternidade socioafetiva, e sobre este assunto, João Baptista Villela (apud TARTUCE, 2014, p. 26), afirma que o vínculo familiar constitui mais um vínculo afetivo do que um vínculo biológico, possibilitando assim, mais uma forma de parentesco civil, a paternidade socioafetiva, que tem por base a posse de estado de filho.

Paulatinamente, a jurisprudência passou a ponderar que a posse de estado de filho deve ser levada em conta para a determinação do vínculo filial, ao lado das verdades registral e biológica³. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão de repercussão geral 622, cujo o relator foi o Ministro Luiz Fux, analisou eventual prevalência da paternidade socioafetiva

¹ Como se vê no voto do Ministro Ayres Britto no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132.

² Conforme a decisão do STJ no REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.



em detrimento da paternidade biológica, ao decidir sobre o mérito da questão, optou por não afirmar nenhuma prevalência entre as referidas modalidades de vínculo parental, apontando para a possibilidade de coexistência de ambas as paternidades, conforme a tese fixada em 22 de setembro de 2016.

Ao ponderar o teor do referido julgado, a premissa que se extrai é a de que há a possibilidade da cumulação da paternidade socioafetiva com a paternidade biológica, admitindo assim a existência jurídica de dois pais, tornado tal julgado de suma importância, uma vez que, seus reflexos extrapolam as fronteiras do Direito de Família, avançando para a esfera do Direito Sucessório e Previdenciário. Interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância ao princípio da afetividade significa, em especial, mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional discursiva, mas compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros. Afinal, nessa dialética harmoniosa, nenhuma família é igual a outra, e todas merecem, igualmente ser respeitadas (GAGLIANO; PANPLONA FILHO, 2016, p. 96).

Enfim, vários outros princípios permeiam o Direito de Família, sendo compreendidos como premissas estruturantes, assumem um papel relevante de orientar a interpretação, integração e aplicação da ciência jurídica.

4 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO DE FAMÍLIA

Elimar Szaniawski (2005, p. 70) afirma que “os direitos da personalidade são um conjunto de caracteres do próprio indivíduo, consiste na parte intrínseca da pessoa. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua utilidade”. Das famílias decorrem as futuras gerações, e por isso, a família merece total atenção por parte do Estado, afim de assegurar dentro desta unidade familiar os direitos fundamentais e a dignidade humana, ou seja, garantir esse conjunto de caracteres do próprio indivíduo tanto em seu núcleo como nas relações da família com outros organismos sociais.

No sistema constitucional pátrio, os direitos das pessoas são reconhecidos também no âmbito das formações sociais dentro das quais cresce a sua personalidade e se desenvolvem os vínculos de solidariedade (TEIXEIRA, et al. 2011, p. 163). Os direitos da

³ Conforme se pode observar nos julgados do REsp 709.608/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009 e REsp 1.259.460/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira



personalidade podem ser entendidos como sendo o direito que tem qualquer ser humano de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, contra os particulares ou contra o Estado (DELGADO, 2006).

A Constituição Federal de 1988, traz como fundamento o princípio da dignidade humana, e elenca uma série de garantias fundamentais, o Código Civil de 2002 por sua vez, em consonância com os valores ali prestigiados, passa a refletir esses ideais de proteção à personalidade humana, em detrimento a uma visão meramente patrimonialista, dando assim ao operador do direito a possibilidade de aplicar nas relações particulares os valores estampados na Constituição, uma vez que, o direito não pode ignorar tais relações se pretende garantir realmente os direitos da pessoa, sua vida particular e familiar. Ante aos valores que a Constituição Federal protege, torna-se irrelevante discutir se as relações familiares são estabelecidas por meio jurídico ou se têm base ancorada nas relações de fato (TEIXEIRA, et al. 2011, p. 164).

5 O PODER FAMILIAR, A GUARDA E A GUARDA DE FATO

Antes de se adentrar no tema guarda de filhos, torna-se importante compreender o instituto jurídico do poder familiar. Este não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei (VENOSA, *apud*, LEVY, 2008, p. 18). Este instituto constitui múnus público, pois é o Estado, que fixa normas para o seu exercício e se interessa pelo seu bom desempenho. É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem o transferirem a outrem. Se assim não fosse, estaria se permitindo, por sua própria vontade, que retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, comporta apenas a exceção de colocação do menor em família substituta.

O poder familiar também é imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não o exercitar, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei (GONÇALVES, 2016, p. 410). A titularidade do poder familiar deve ser exercida pelos cônjuges, conforme o art. 226, §5º⁴, da Constituição Federal de 1988, que distribuiu de forma igualitária os deveres referentes a sociedade conjugal entre o homem e a mulher. Compete aos

Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.



pais o poder familiar, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Por óbvio, em outras formas de arranjos familiares, havendo filhos, o poder familiar também estará presente, nesta mesma linha de inteligência. E em havendo divergências quanto ao exercício de tal poder é assegurado aos pais e ao juiz decidir sobre a questão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 598).

Cumprido destacar que os deveres inerentes aos pais não estão elencados apenas no Código Civil, mas também em legislações esparsas, a saber: Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei da Palmada (Lei nº 13010/2014) e também na Constituição Federal. Todas dizem respeito a sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito à vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, bem como os que visam impedir que sejam submetidos à discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 429).

Já Guarda tem origem no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto no art. 227 da Constituição Federal, que pressupõe a chamada proteção integral de um e de outro, para que venha a ser um adulto saudável bem como no poder familiar, disciplinado nos arts. 1.630 e ss. do Código Civil (CAMARGO NETO, 2014, p. 193). Frisa-se que embora empregada a mesma expressão guarda, esta possui dois tratamentos jurídicos diferenciados, o previsto pelo Código Civil e outro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8090/90.

A guarda compreendida no Código Civil cuida da proteção dos filhos nos limites da família parental, já a guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente trata da proteção das crianças e adolescentes em situação de risco, como forma de regulamentação da posse de fato, por meio dos institutos da tutela e adoção ou, excepcionalmente, para atender as situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, podendo ser deferido o direito de representação para prática de determinados atos (LEVY, 2008, p. 43).

Na concepção civilista, a guarda é um direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidade, cuidando da alimentação, saúde, educação, moradia etc. (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 387).

Observa-se que na separação judicial por mútuo consentimento ou no divórcio consensual, prevalecerá o que os cônjuges acordarem em relação à guarda dos filhos,



presumindo-se que são os maiores interessados no futuro e bem-estar da prole, art. 1583⁵ do Código Civil. No entanto o juiz poderá não homologar e não decretar o divórcio caso não estejam preservados os interesses dos filhos menores e dos maiores inválidos, art. 1574⁶ parágrafo único e 1590⁷ ambos do Código Civil, não valendo, portanto, o que o casal resolveu, se for contrário à ordem pública e ao interesse dos filhos. No caso de omissão por parte dos consortes, sobre a guarda dos filhos, o juiz poderá aplicar o disposto no art. 1584 do Código Civil, que prevê a guarda poderá ser atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la. Logo, ante ao exposto entende-se que a guarda é uma das manifestações do poder familiar, art. 1634, II do Código Civil, e pode ser unilateral ou compartilhada, art. 1583 também do Código Civil (COELHO, 2013, p. 118).

A guarda unilateral ou exclusiva ocorre quando apenas um dos genitores a exerce, com a tomada de decisões sobre educação e as demais prestações dos cuidados ao filho. Ao outro genitor cabe o direito e dever de visitas e fiscalização (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 387). A guarda unilateral está prevista no Código Civil no art. 1583, §1º, com redação dada pela Lei nº 11698/08, e dispõe que a guarda será atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

⁵ **Art. 1.583.** A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). **§ 1º** Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). **§ 2º** A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). **§ 2º** Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) **I** - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). **II** - saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). **III** - educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). **§ 3º** A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). **§ 3º** Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **§ 4º** (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). **§ 5º** A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

⁶ **Art. 1.574.** Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. **Parágrafo único.** O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.



O art. 1583, §1º, do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 11698/08, conceitua guarda compartilhada como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. O Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, no projeto de lei que sobre o Estatuto das Famílias (BRASIL, Projeto de Lei 2.285/2007), sugere a utilização do termo convivência familiar ao invés de guarda compartilhada. É importante destacar que a partir da Lei nº 11698/08, a guarda compartilhada ou conjunta passou a ser a modalidade preferível em nosso sistema jurídico, e com o advento da Lei nº 13058/14, a ser o regime prioritário, salvo manifestação expressa. Segundo Pablo Stolze (2016, p. 613), a conclusão que se tira da leitura da atual redação do §2º do art. 1584 do Código Civil brasileiro: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. Trata-se de um avanço na busca de pacificação de conflitos referentes à guarda bem como um estímulo à paternidade responsável.

A guarda de fato não foi contemplada pelo Código Civil de 2002, mas consiste naquela em que o menor ou adolescente está sob o cuidado de pessoas que não são seus genitores, e que a guarda não foi oficializada pelo Estado (LEVY, 2008, p. 52).

Sobre a guarda de fato Waldyr Grisard Filho afirma:

É aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa, que toma a criança a seu cargo sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais e tutores) ou judicial, não tendo sobre ela nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada do poder familiar, como assistência e educação, e sobre a qual não existe controle ou avaliação judicial nem sobre o guardião e nem sobre a criança e o adolescente (2010, p. 108).

Pode-se citar como exemplo de guarda de fato o da mãe natural que não reconhece o filho, mas o mantém em sua companhia, o filho do casal divorciado, cujo genitor guardador vem a falecer, e este permanece na companhia do cônjuge das novas núpcias do pai ou da mãe, do sobrinho que tem ambos os genitores falecidos e fica sob a guarda dos tios, ou qualquer outro familiar. Em fim são inúmeras as possibilidades de ocorrer à guarda de fato.

O Superior Tribunal de Justiça ao analisar o tema da guarda de fato, em que os avós pleiteavam a guarda legal do menor, guarda está que já possuíam de fato desde o nascimento



da criança, decidiu com fundamento do princípio da proteção e da afetividade por conceder a guarda legal⁸.

A Assessoria de Comunicação do IBDFAM, em nota, traz um comentário da psicóloga e presidente da Comissão de Relações Interdisciplinares, Giselle Groeninga, apontando a escolha pela parentalidade socioafetiva e a possibilidade de exercer a maternidade sem a necessidade dos vínculos biológicos, como um grande avanço para a sociedade atual.

Não se trata de uma questão de ganhar ou perder a guarda da criança. Cada um deve ter o seu lugar reconhecido. Felizmente o judiciário está saindo do modelo de causalidade linear que só assegurava a relação de pai e mãe biológicos, priorizando quem tem mais sintonia com a criança (IBDFAM, 2012).

Pelos mais variados motivos, esta relação de fato não se legaliza, seja pela falta de conhecimento dos pais, pelas dificuldades de acesso à justiça, constituir um advogado, custas processuais, morosidade e, até mesmo, comodismo, mas isto não desconsidera nem diminui a comunidade socioafetiva, que se constituiu na mera posse diuturna do convívio (GRISARD FILHO, 2010, p. 109).

A regularização da guarda de fato vem prevista no §1º do art. 33⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente e os Tribunais, acompanhando a evolução doutrinária que reconhece o afeto como vínculo jurídico, têm reconhecido a capacidade de guarda de fato em

⁸ BRASIL. **Informativo nº 0407 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 16 out. 2016. GUARDA. MENOR. AVÓS. INTERESSE. CRIANÇA. Cuida-se de guarda pleiteada pelos avós para regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16/1/1991), situação qualificada pela assistência material e afetiva prestada por eles, como se pais fossem. Assim, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar seu bem-estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social. Em tais casos, não se tratando de "guarda previdenciária", o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado, tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança, notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada "Da Família Substituta" e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo "família", não se pode afirmar que, no caso, há, verdadeiramente, uma substituição familiar. O que deve balizar o conceito de "família" é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Isso posto, a Turma não conheceu do recurso do Ministério Público. Precedentes citados: REsp 469.914-RS, DJ 5/5/2003, e REsp 993.458-MA, DJe 23/20/2008. REsp 945.283-RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/9/2009. Nosso Grifo.

⁹ **Art. 33.** A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.



gerar efeitos jurídicos e deferindo a guarda de direito destas crianças aos seus cuidadores, pais no mais verdadeiro sentido do termo: pais afetivos (LEVY, 2008, p. 52). Atentando para a doutrina da Proteção Integral, deve-se considerar o menor como uma pessoa em desenvolvimento, buscando auxiliá-lo, ampará-lo para que este desenvolvimento ocorra de forma plena, e formar um indivíduo apto a integrar uma sociedade que tem por ideal ser livre justa e solidária.

6 A GUARDA DE FATO E SEUS EFEITOS NA FAMÍLIA RECONSTITUÍDA.

Como já visto as famílias reconstituídas comportam uma série de personagens novos no cenário familiar, além da figura do pai ou mãe e filho ou filhos, surgem a figura do padrasto ou madrasta, do enteado ou filho do padrasto ou madrasta e ainda tem o meio irmão, criança que nasce da nova união do pai ou da mãe. Neste contexto tem-se um complexo de relacionamentos, trazendo à tona uma série de conflitos jurídicos ainda não enfrentados.

Waldir Grisard Filho traz em síntese:

Pode-se enunciar, em síntese, que as famílias reconstituídas embora possuam as mesmas características de qualquer família, como a socialização dos filhos, a afetividade, a mútua assistência moral e material, a proteção, possuem outras especiais, que as distingue das famílias originais: é uma estrutura complexa, formada por múltiplos vínculos e nexos; existe ambiguidade nas regras; consequência desta são os conflitos originados entre as atitudes manifestas e os desejos encobertos, produto da falta de clareza nos lugares e direitos e deveres dos seus integrantes; a interdependência requer combinar-se com subsistemas anteriores e, por conseguinte, é necessário articular-se os direitos e deveres dos integrantes do novo núcleo com os direitos e deveres dos integrantes daqueles subsistemas. Igualmente devem harmonizar-se alguns direitos do cônjuge atual e do ex-cônjuge, notadamente a autoridade parental e os alimentos, além de outras obrigações que afetam os filhos (2010, p. 97).

Torna-se relevante para o presente estudo, deixar destacado os efeitos da relação paterno-filial e da relação padrasto/madrasta-enteado. São efeitos da relação paterno-filial, nos termos do art. 1634¹⁰ do Código Civil, É efeito único da relação padrasto/madrasta-

¹⁰**Art. 1.634.** Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **I** - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **II** - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **III** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **IV** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **V** - conceder-



enteado para o direito civil: impedimento matrimonial para casamento (art. 1.521, II¹¹ do Código Civil). Para Jones Figueirêdo Alves (2016), Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, quando se aborda a relação padrasto-enteado, o padrasto exercita o papel de guardião e protetor.

Ao estudar a evolução legislativa, percebe-se um avanço no sentido de proteger o núcleo familiar e propiciar a criança e ao adolescente a manutenção do vínculo com seus genitores. No Código Civil de 1916 havia a previsão de perda do poder familiar caso a mulher contraísse novas núpcias, somente em 1962, como o estabelecimento do Estatuto da Mulher Casada, houve a alteração do art. 393, introduzindo que a mulher caso contraia novas núpcias, não perde quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do marido. Esta regra foi mantida no artigo 1636 do Código Civil de 2002, com as modificações para a inclusão da hipótese da união estável (LEVY, 2008, p. 79).

O art. 1636 do Código Civil é claro em estabelecer que o pai ou a mãe que se casa novamente ou constitui união estável, não perde quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos do poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Logo, a legislação civilista deixa claro a restrição em relação ao novo cônjuge ou companheiro do genitor, de exercer poderes deveres oriundos do poder familiar. No entanto Rodrigo da Cunha Pereira (2008, p. 79) ressalta não ser só a paternidade biológica a ser considerada no contexto familiar, mas a possibilidade de se estabelecer a paternidade afetiva entre os filhos do relacionamento anterior do cônjuge ou companheiro, asseverando:

Afastando-se do conceito de paternidade biológica, ou ainda se desfazendo das ideologias que disfarçam os sistemas de parentalidade, segundo a Psicanálise, a paternidade constitui uma função, que pode ser exercida por uma série de pessoas ou personagens, inclusive o marido ou companheiro da mãe.

lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **VI** - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **VII** - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). **VIII** - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). **IX** - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

¹¹ Art. 1.521. Não podem casar: II - os afins em linha reta;



Sendo assim, ante ao já consagrado princípio da afetividade, e reconhecido o vínculo de afeto que se estabelece no âmbito da família reconstituída, há que se conferir uma parcela do exercício do poder familiar ao pai e mãe afetivo no modelo reconstituído. A guarda é um atributo do poder familiar, mas que dele se separa, não se esaurindo, nem se confundindo com este, de forma que um pode existir sem o outro. A guarda é o direito de reter consigo os filhos menores no intuito de defendê-los contra qualquer dano ou perigo. Logo, ao analisar estes conceitos percebe-se que a madrasta e o padrasto exercem a guarda de fato em relação ao filho de seu cônjuge ou companheiro, uma vez que, convivem diuturnamente com o menor, desempenhando os atributos da guarda sem nenhum reconhecimento jurídico.

Caminha-se para este reconhecimento, pois a jurisprudência tem se posicionado, em nome do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a deferir pedidos judiciais de guarda compartilhada de padrastos e madrastas, que ao longo da relação com seu antigo cônjuge, criaram vínculos afetivos com o então enteado, decisão do Desembargador Frederico Martinho da Nódrega Coutinho¹² da Paraíba. Para Waldyr Grisard Filho, o pai e mãe afim (padrasto e madrasta) que convive com o filho do cônjuge teria tal caráter e como guardador de fato se lhe reconhece a faculdade de atuar diante da impossibilidade do pai biológico de fazê-lo (2010, p. 109).

No direito alemão, existe a figura do “pequeno direito de guarda” do padrasto. Segundo o art. 1687 b do BGB, o cônjuge da parte parental que detém sozinho o direito de guarda, que não for o genitor do filho, tem a competência de co-decisão nas questões da vida diária do filho, desde que haja a concordância com a parte parental detentora da guarda e que sejam casados (LEVY, 2008, p. 80).

O pequeno direito de guarda dos padrastos pode ser revogado a qualquer tempo pela detentora da guarda, pode ser excluído ou limitado pelo Juízo de Família visando ao melhor

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Apelação Processo Nº 20020100038765001**, QUARTA Câmara Cível, Relator Frederico Martinho da Nódrega Coutinho, João Pessoa, 28 jun. 2012. APELAÇÕES. GUARDA DE MENOR. DIREITO DE FAMÍLIA. MÃE AFETIVA E PAI BIOLÓGICO. LITÍGIO. INTERESSE E VONTADE DO ADOLESCENTE EM PERMANECER COM A MÃE AFETIVA. PREVALÊNCIA. DIREITO PATERNO DE VISITAS. SEMANAL E EM PERÍODO DE FÉRIAS. FIXAÇÃO. NECESSIDADE. LAÇOS AFETIVOS QUE DEVEM SER MANTIDOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DE AMBOS RECURSOS. - O juiz ao interpretar as leis deve buscar sempre a realização do justo, distanciando-se do rigorismo na sua exegese, a fim de não se cometer injustiças, sobretudo, em casos, como este, em que deve prevalecer o interesse e a vontade do menor. - Muito embora o menor não tenha sido gerado pela requerente, inexistindo, portanto, cordão umbilical do seu ventre com a criança, a própria vida se encarregou de lhe dar aquele cordão, surgindo o vínculo no dia a dia, afetiva e efetivamente, fortalecido na transmissão de convivência, segurança, carinho, acompanhamento, responsabilidade, renúncia e, acima de tudo, verdadeiro amor maternal, assistindo razão ao Juiz, ao conceder a guarda pleiteada à autora. - Existindo laços de afeto entre o menor e o genitor, não é justo e nem adequado impedir ou dificultar a este o direito de visitas, devendo ser mantida a decisão recorrida, neste ponto. Nosso Grifo.



interesse do filho e termina quando os cônjuges viverem separados definitivamente (LEVY, 2008, p. 80). Wilfried Schluter explica que a posição jurídica do padrasto/madrasta é, portanto, compatível ao substabelecimento de mandato, e que no caso de perigo de mora, segundo o art. 1687 b AL 2 BGB, o padrasto ou a madrasta tem legitimidade para exercer, sozinho, todos os atos jurídicos que sejam necessários ao bem-estar do filho, devendo, entretanto, instruir imediatamente a parte única detentora da guarda (*apud*, LEVY, 2008, p. 80).

No Reino Unido, há a tendência de uma repartição de responsabilidades parentais, entre pais e padrastos que conduzem, com boa nota, à pluriparentalidade. Significativa, nesse alcance, a Civil Partnership Bill, lei de parceria civil de 2004, do Parlamento do Reino Unido, que entre diversas disposições, estabelece a “responsabilidade de razoável manutenção de um parceiro e seus filhos (ALVES, 2016). Para Jones Figueirêdo Alves uma solução para os conflitos seria um estatuto jurídico para dimensionar todos os níveis de relações do padrasto, contemplando, no mais elevado espectro e na melhor forma possível, a exemplo do direito britânico, as situações vivenciais e de convivências, a definir responsabilidades parentais e socioafetividades subjacentes (2016).

Waldyr Grisard Filho acredita que uma solução ao problema proposto seria a conversão da guarda de fato em guarda de judicial, ao marido ou companheiro da genitora ou esposa ou companheira do genitor, uma vez que, a guarda deixaria de ser somente a guarda física, como a cotidiana de cuidado e educação, mas incluiria no rol de responsabilidades o direito de vigilância, correção e fiscalização para fazer efetivos os deveres assumidos e os direitos ao respeito e à colaboração da criança na exata medida do indispensável ao exercício do poder familiar. Para o doutrinador a guarda conferida por sentença ao pai e mãe afim, (como ele nomeia marido ou companheiro da genitora ou esposa ou companheira do genitor), não seria outra coisa, em definitivo, que a conversão da guarda de fato em uma judicial (2010, p. 109).

Mesmo ante ao avanço da jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, em recente decisão de repercussão geral 622,¹³ em reconhecer a multiparentalidade, ainda se mantém a

¹³ Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Carmen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.



lacuna em relação a guarda de fato pelo padrasto e a madrasta nos casos em que a família não optou pelo reconhecimento da paternidade socioafetiva. Por fim cumpre destacar a proposta do art. 100 do projeto do Estatuto das Famílias, que estabelece que o direito à convivência possa ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou adolescente mantenha vínculo de afinidade, podendo reconhecer assim o direito dever de guarda do marido ou esposa, companheiro ou companheira do genitor.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo que ora se conclui, está muito aquém de esgotar o assunto a que se propõe, visto que a família é uma entidade em constante modificação. O levantamento bibliográfico e jurisprudencial foi interessante, e só veio a confirmar a tese de que tal tema orbita situações de interesse particular e personalíssimo de cada indivíduo. Visto que contemplam casos que envolvem crianças e adolescentes, merecem atenção por parte do Estado e da sociedade. O modelo reconstituído não é novidade em nossa sociedade, e como apresentado, os dados estatísticos denotam que o número de famílias reconstituídas só tende a aumentar, assim como os demais modelos presentes no contexto contemporâneo, sendo que tais entidades familiares rompem com o modelo tradicional abarcado pelo Código Civil de 2002.

Com a verticalização dos preceitos constitucionais, os princípios da dignidade humana e da afetividade permearam a interpretação das normas do Direito Civil e o instituto da guarda obteve avanços nos últimos tempos, mas há uma lacuna a ser preenchida no que tange à regularização do exercício do poder familiar e da guarda de fato no cenário da família reconstituída, por óbvio sem adentrar na esfera da autonomia da vontade, pois cada família tem seu modo particular de dirimir seus conflitos.

O instituto da guarda compartilhada, implementado pelas Leis nº 11698/2008 e nº 13058/2014, demonstrou um grande salto para integrar ambos os genitores, nos compromissos relacionados com o desenvolvimento moral, social e educacional da criança e do adolescente. No entanto, quando se trilha o caminho da família reconstituída, há uma lacuna a ser preenchida, pois a nosso ver, primando pela proteção integral do menor, os papéis devem estar bem definidos. Tal definição minimizaria os conflitos entre os adultos envolvidos, voltando-se todos os esforços para o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente ali inserido, evitando a tão cruel síndrome da alienação parental. A solução



encontrada pelos alemães de substabelecer mandado de guarda ao padrasto e a madrasta, chancelado pelos pais biológicos, para que exerça a proteção integral do menor ou adolescente, seria um passo para a regularização da informalidade e um caminho a ser adotado na minimização dos conflitos. Principalmente nos casos em que há consenso entre genitores e novos cônjuges ou companheiros, ou então um pedido ao judiciário de “extensão da guarda”, com intervenção obrigatória do Ministério Público, e parecer de Equipe Multidisciplinar, primando pelo melhor interesse da prole, em casos de divergência entre os genitores, novos cônjuges ou companheiros.

O Projeto do Estatuto das Famílias, em um viés inovador, estabelece que o direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou adolescente mantenha vínculo de afinidade, estabelecendo um avanço em relação ao art. 1636 do Código Civil, que veda a interferência do novo cônjuge ou companheiro ao exercício do poder familiar, e por consequência na guarda.

Por fim, ante a toda proteção constitucional de direitos e garantias fundamentais, ao super princípio da dignidade humana, do qual deriva o princípio da afetividade e da proteção integral da criança e do adolescente, cabe ao legislador atender ao clamor deste modelo familiar de plurirarentalidade, e definir as responsabilidades que decorrem da guarda ao padrasto e à madrasta.

REFERÊNCIAS

_____. ALVES, Jones Figueiredo. Consolidado, padrastio agora precisa de um estatuto jurídico. In: **Revista Consultor Jurídico**, 22 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-22/processo-familiar-consolidado-padrastio-agora-estatuto-juridico>>. Acesso em: 13 out. 2016.

ANDRADE, Ronaldo Alves de, *apud*, SIMÃO, et al. **Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luís Alberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. ed. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *apud* TERCOTI, Ana Carolina Godoy. **Famílias monoparentais**. Campinas, SP: Millennium, 2011.

BRASIL. **Lei do Divórcio - Lei 6515 de 15 de dezembro de 1977**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 30 de mar. 2017.



_____. **Repercussão Geral 622**, STF. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em: 27.fev. 2017.

IBDFAM. **Instituto Brasileiro do Direito de Família**. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Madrasta consegue guarda de enteado**. 2012. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4849/Madrasta+consegue+guarda+de+enteado>>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Projeto de Lei n ° 2.285/2007** – de iniciativa do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT – BA) e elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – que visa a criação do Estatuto das Famílias. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>. Acesso em: 02 jan.2017.

CAMARGO NETO. Theodureto de Almeida. **Revista de direito de família e das sucessões**. Revista dos Tribunais. v. 1/2014, jul. 2014.

CARBONERA, Silvana Maria. *apud*. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoua. **Curso de direito civil**. v.5. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Mário Luiz. **Direito da personalidade nas relações de família**. 2005. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/34.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *apud*. TARTUCE, Flávio. **Direito civil, direito de família**. 9. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 6. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRISARD FILHO, Waldir. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos:** os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. *apud*. TARTUCE, Flávio. **Direito civil, direito de família.** 9. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. *apud*. MARANGONI, Iara de Santana; BDINE JUNIOR, Hamid Chafard. As relações socioafetivas da família reconstituída. VII Jornada de Iniciação Científica 2011. Universidade Presbiteriana Mackenzie. **Anais...** Disponível em: <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pesquisa/pibic/publicacoes/2011/pdf/dir/iara_de_santana.pdf>. Acesso em: 17 de out. 2016.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de Família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *apud*. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos:** os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

VILLELA, João Baptista. *apud*. TARTUCE, Flávio. **Direito civil, direito de família.** 9. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____, Rodrigo da Cunha. *apud*. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos:** os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *apud* TERCOTI, Ana Carolina Godoy. **Famílias monoparentais.** Campinas: Millennium, 2011.

PONTES JUNIOR, Felício de Araújo. *apud*. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas:** teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHLUTER, Wilfried. *apud*. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos:** os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional de família.** 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. Princípio da afetividade no direito de família. **Revista Consulex** n. 378, de 15 de outubro de 2012, p. 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 14 fev. 2017.



_____. *apud*. TERCIONI, Ana Carolina Godoy. **Famílias monoparentais**. Campinas, SP: Millennium, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**. v. 2. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, et al. **Problemas da família no direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
rense; São Paulo: Método, 2014.